Early Journal Content on JSTOR, Free to Anyone in the World

This article is one of nearly 500,000 scholarly works digitized and made freely available to everyone in the world by JSTOR.

Known as the Early Journal Content, this set of works include research articles, news, letters, and other writings published in more than 200 of the oldest leading academic journals. The works date from the mid-seventeenth to the early twentieth centuries.

We encourage people to read and share the Early Journal Content openly and to tell others that this resource exists. People may post this content online or redistribute in any way for non-commercial purposes.

Read more about Early Journal Content at http://about.jstor.org/participate-jstor/individuals/early-journal-content.

JSTOR is a digital library of academic journals, books, and primary source objects. JSTOR helps people discover, use, and build upon a wide range of content through a powerful research and teaching platform, and preserves this content for future generations. JSTOR is part of ITHAKA, a not-for-profit organization that also includes Ithaka S+R and Portico. For more information about JSTOR, please contact support@jstor.org.

daß durch dieſe Vertretung manche Conflicte herbeigeführt würden — übrigens lehrt die Erfahrung, z. B. in den Rheinprovinzen — daß keine Störungen und Klagen vorkamen, wenn der Verwaltungsbezirk z. B. des Landkommiſſärs größer iſt, als der Bezirk, für welchen der Friedens- (Land-) richter angeſtellt wurde.

XII.

Die wechſelſeitige Verbürgung und die Bedeutung der Novelle 99.

Von

Herrn Dr. jur. Ad. Dedekind

in Braunſchweig.

§. 1.

Vorerinnerung.

Die in neuerer Zeit ſo beliebt gewordene Verhandlung über den ſtreitigen Inhalt der Novelle 99, welche nach der gebräuchlichern Meinung theils eine Form für Eingehung der Correal-Obligation vorſchreiben, theils den Correal-Schuldnern ein beneficium divisionis ertheilen ſoll, hat nunmehr eine ſo große Anzahl divergirender Anſichten hervorgerufen, daß ſich eine gründliche Beſprechung dieſer Streitfrage nicht mehr in wenige Worte faſſen läßt. Der Verfaſſer dieſes Aufſatzes, welcher in einer im Jahre 1853 erſchienenen Diſſertation [1]) der Novelle 99 in einem beſondern Abſchnitte eine ausführliche Erörterung zu widmen hatte, beabſichtigt im Folgenden eine ſpecielle Ueberſicht der verſchiedenen Anſichten unter Zugrundelegung ſeiner eigenen Meinung zu geben. Es haben dieſe Erörterungen über den Inhalt der Novelle 99, und dies muß beſonders hervorgehoben werden, nach des Verfaſſers Anſicht kein praktiſches, nur noch ein wiſſenſchaftliches Intereſſe. Freilich iſt die Frage, welche aus dem zu beſprechenden Ge-

1) Ad. Dedekind de exceptione divisionis disquisitiones. Gottingae 1853.

setze entschieden zu werden pflegt, eine höchst praktische, indem die Gerichte nicht selten über die bei Eingehung der Correal-Obligationen zu beobachtende Form, noch öfter aber über die Frage zu urtheilen haben, ob den Correal-Schuldnern das beneficium divisionis zustehe. Allein wir werden unten nachweisen, daß, wenn irgend eine Controverse des gemeinen Rechts durch Gerichtsgebrauch ihre Erledigung gefunden, die über den Sinn der Novelle 99 ihre Endschaft erreicht hat. Es gilt dies auch für die neueste Zeit, obwohl man nicht gerade sagen kann, daß die durch die Gerichtspraxis angewandte Auffassung dieser Novelle von der Mehrzahl der Theoretiker, insbesondere aber derer, welche unsere Streitfrage neuerdings zum Gegenstande specieller Forschungen machten, gebilligt werde. Wie konnten sich aber auch wohl die Praktiker von der bisher angenommenen s. g. communis opinio trennen, wenn sie die Gegner derselben fast in allen Punkten wieder unter sich uneinig, und die meisten neuen Bearbeiter mit einer neuen Interpretation auftreten sahen! Oder wenn gar bewährte Schriftsteller erst die Grundlagen der gegnerischen Beweisführung in allen Stücken anerkannten, um dann durch irgend eine kühne Wendung mit vollen Segeln in den weiten Hafen der communis opinio wieder einzulaufen!

Nicht also in der Erwartung, auf die nun einmal nicht wegzuläugnende Praxis Einfluß zu üben, versuchen wir nochmals einen Angriff gegen die gemeine Meinung; auch nicht einmal mit dem Wunsche, sie umzustimmen. Wenn sie auch nach unsrer Ueberzeugung nicht das Rechte getroffen hat, so ist doch ihre Consequenz im Unrecht besser, als wenn auch sie, wie die Theorie, in zwei gleiche Lager gespalten, hier für Recht erklärte, was sie dort verdammte.

Der Verfasser gehört demnach zu den, wie Puchta unartig sagt, „ängstlichen geistlosen Wortheldeu", welche noch immer der ketzerischen Meinung sind, daß bis zum Beweise des Gegentheils die in der Novelle 99 vorkommenden Worte *ἀλληλεγγύως ὑπευδύνους* nichts anders bedeuten, als „Schuldner, welche sich wechselsweise für einander verbürgen." Wir werden unten näher hierauf eingehen müssen. Hier genüge noch die Bemerkung, daß jetzt Alle darüber einig sind, daß die wörtliche

und deßhalb ursprüngliche Bedeutung jener Worte die angegebene sei. Wir wollen daher zunächst versuchen, ob bei Zugrundelegung dieses Sinnes die Novelle eine verständige Interpretation zuläßt. Es wird, falls eine solche gefunden werden sollte, noch insbesondere die Möglichkeit, eventuell die größere Wahrscheinlichkeit anderer Lösungen unsres Problems übrig bleiben. Vielleicht, daß es uns gelingt, durch den Aufbau des ersten Theils die Leser für das Niederreißen im zweiten Theile günstiger zu stimmen.

Nach unsrer obigen Uebersetzung der wichtigsten Worte der Novelle sind wir genöthigt, vor der Besprechung der letztern einen Blick auf die gegenseitige Bürgschaft, das Rechtsverhältniß, auf welches sich das streitige Gesetz also beziehen soll, zu werfen.

§. 2.

Vorjustinianisches Recht.

Treten mehrere Personen in ein und dasselbe Schuldverhältniß einem Gläubiger gegenüber ein, so gilt im römischen Rechte die allgemeine Regel, daß die Schuldverbindlichkeit der mehreren Schuldner ipso jure zu gleichen Theilen getheilt ist. Der Gläubiger kann also einen Jeden seiner Schuldner nur auf diesen Theil belangen und darf sich im Fall der Insolvenz des Einen oder Andern nicht an die solventen Mitschuldner halten. Das römische Recht kennt aber Nebenverträge[2]) verschiedener Art, durch welche diesem Uebelstande zu Gunsten des Gläubigers abzuhelfen stand. Der gebräuchlichste Nebenvertrag dieser Art war die von uns mit dem Namen „Correal-Obligation" bezeichnete Verpflichtungsweise der Schuldner, welche wohl regelmäßig durch Stipulation und hier durch prägnante vorgeschriebene Ausdrücke geschah. Die Gefahr des Gläubigers wurde hierdurch auf ein Minimum

2) Nebenverträge — mindestens im materiellen Sinne. Die wechselsweise Verbürgung erschien bei den Römern auch formell wohl immer als eine Nebenverabredung, die an eine voraufgegangene andere (Principal-Stipulation sich anlehnte. Nicht so bei der durch Stipulation entstehenden Correal-Obligation, für welche eine einheitliche Formel existirte. Vergl. pr. I. de duob. reis. (3. 16) und l. 4. D. eod. (45. 2).

reducirt, da derselbe die Berechtigung erlangte, von Einem der Schuldner, welche nunmehr nicht pro rata, sondern in solidum hafteten, die ganze Forderung einzuziehen.

Außer dieser Nebenverabredung gab es noch eine andere, durch welche der Gläubiger eine ähnliche Sicherheit erreichte. Es war dies die wechselseitige Verbürgung der Schuldner unter einander; eine Form, welche indessen den Römern wenig geläufig gewesen sein muß, da, abgesehen von der Novelle 99, nur eine einzige Stelle in Justinian's Compilation ihrer erwähnt.

Das Eigenthümliche dieser wechselseitigen Verbürgung mehrerer Hauptschuldner für einander bei Eingehung einer gemeinsamen Obligation ist nicht selten verkannt worden. Man hat, verleitet durch die Anfangsworte der l. 11 pr. D. de duob. reis (45. 2), welche von der gegenseitigen Verbürgung spricht, und durch den Inhalt der Novelle 99, regelmäßig das einfache Verhältniß mit dem complicirtern Falle zusammengeworfen, in welchem Correal-Schuldner sich obenein noch wechselsweise für einander verbürgen.

Wir müssen von vornherein gestehen, daß uns diese Vereinigung beider Neben-Verabredungen als eine unpraktische und zwecklose Manipulation erscheint, die die Römer sicherlich nicht gekannt haben. Wenn das Correal-Verhältniß und die wechselseitige Bürgschaft ein jedes für sich die bezweckte Sicherung des Gläubigers vollkommen erreichen, so ist nicht abzusehen, wozu noch eine Vereinigung beider dienen soll, zumal das Hinzukommen der wechselsweisen Verbürgung eine Steigerung der Sicherheit des Gläubigers keinenfalls herbeiführt, und die Annahme, daß die Lage der Schuldner verbessert werde, mindestens eine gewagte ist.

Die Lage der Schuldner könnte nämlich durch die Vereinigung beider Nebenverträge eine bessere werden entweder dem Gläubiger gegenüber; dann hätten wir das geradezu komische Resultat, daß die Sicherheit des Gläubigers gefährdet würde, weil er statt eines mehrere Sicherungsmittel angewendet hätte. Oder es wird die Lage der Schuldner unter einander eine bessere. Es hat dies etwas Scheinbares; und diejenigen, welche die seltsame Häufung der Verpflichtungen als denkbar annehmen, haben die

durch sie erlangte Vortheile des Weitern ausgeführt[3]). Insbesondere soll dann derjenige Schuldner, welcher dem Gläubiger das Ganze gezahlt hat, gegen seinen Mitschuldner Regreß-Anspruch (mit der actio mandati) haben. Allein wenn angenommen werden muß — und die Richtigkeit dieser Ansicht ist doch wohl unbestreitbar — daß correi debendi an und für sich keinen Regreß gegen einander haben, so möchte auch in vorliegendem Falle der mit der actio mandati gegen seinen correus und Wechselbürgen auftretende Schuldner zurückzuweisen sein, wenn der Gegner sich auf das Correal-Verhältniß beriefe, nach welchem der zahlende Schuldner eben nur seine eigene Schuld gezahlt hätte[4]). Jedenfalls würde, wenn man hierüber zweifelhaft wäre, die Möglichkeit der actio mandati doch eben nur darauf beruhen, daß der Gläubiger den ersten correus nicht aus dem Correal-Verhältnisse, sondern aus der wechselsweisen Verbürgung verklagt hätte, was, wie Jeder zugeben wird, lediglich in der Willkür des Gläubigers beruhen würde.

Es läßt sich nun auch glücklicherweise nachweisen, daß die Pandectenstelle, aus welcher man diese merkwürdige Doppel-Verpflichtung herzuleiten sucht, von einem solchen Falle gar nicht redet. Wir tragen daher kein Bedenken, zu läugnen, daß die Römer Obligationen, die im eigentlichen Sinne Correal-Verhältnisse und zugleich wechselseitige Bürgschaften sind, gekannt haben.

Kehren wir nun zu der einfachen wechselsweisen Verbürgung zurück. Es ist darunter der Fall zu verstehen, daß die mehreren Schuldner eines und desselben Gegenstandes (welche an und für sich nur pro rata haften) ihrem Gläubiger dadurch größere Sicherheit verleihen, daß jeder Einzelne die Schuldtheile der An-

---

3) Besonders Cujacius ad African. Tract. IV., ad l. 17 §. 2. D. ad S. C. Vellejan. (16. 1) und ad Lib. 11. Respons-Papiniani, s. l. 11. pr. D. de duob. reis (45. 2); Savigny Oblig.-Recht Bd. 1 S. 268 ff. v. Helmolt: die Correal-Obligationen (Gießen 1857) S. 108 ff.

4) Denn wenn, wie Savigny selbst zugibt (a. a. O., S. 234), in einem solchen Falle es rein in dem bon plaisir des Gläubigers beruht, aus welcher von beiden Verabredungen er seine Klage anstellen will, warum soll nicht auch der Mitschuldner sich auf die ihm günstigere Nebenverabredung berufen dürfen?

deren als Bürge übernimmt. Schulden also A und B dem C 1000 unter wechselsweiser Verbürgung, so haftet Jeder von ihnen wegen der einen Hälfte als Principal-Schuldner, wegen der andern als Bürge des Mitschuldners.

Vor Einführung des s. g. beneficii excussionis — und von dieser Zeit ist hier nur die Rede — beruhte nun die größere Sicherheit des gemeinschaftlichen Gläubigers, wie bei der Correal-Obligation, gerade in dem Umstande, daß derselbe regelmäßig durch Belangung eines der Schuldner zur Befriedigung gelangen konnte. Da nämlich vor der Novelle 4 der Gläubiger die Wahl hatte, an welchen der Schuldner, ob an den principalen oder an den Bürgen, er sich halten wollte, so durfte er bei wechselseitiger Bürgschaft den Einen z. Th. wegen seines Antheils an der Hauptschuld, z. Th. wegen seiner Verbürgung für die Raten der Mitschuldner, also zur Zahlung der ganzen Schuld anhalten, verlor daher bei etwaiger Insolvenz eines derselben nicht das Geringste.

So weit herrschte Uebereinstimmung zwischen dem Verhältnisse der wechselseitigen Bürgschaft und der Correal-Obligation. Erstere hatte aber für den Gläubiger auch ihre Schattenseiten. Es konnten nämlich der Klage des Letztern, weil sie sich z. Th. auf eine zum Grunde liegende Bürgschaft stützen muß, in dieser Rücksicht, d. h. nur so weit, als der Beklagte nicht als Principal-Schuldner haftete, alle die Einreden entgegengesetzt werden, welche einem Bürgen aus der Person seines Hauptschuldners zustehen. So konnte im obigen Falle A, welcher auf 1000 verklagt wurde, freilich nicht in Bezug auf diese ganze Summe, wohl aber rücksichtlich der Hälfte mit einer dem B wider den gemeinschaftlichen Gläubiger C zustehenden Forderung compensiren u. s. w. Es mag aus dieser mehr oder weniger gefährdeten Sicherheit des Gläubigers zu erklären sein, weshalb die wechselseitige Bürgschaft so wenig gebraucht wurde. Denn für die Schuldner gewährte sie in ihrem Verhältnisse zu einander eine viel sicherere Stellung als die der Correal-Schuldner unter einander war, schon wegen des durch die actio mandati zu erreichenden Regresses rücksichtlich desjenigen, was der Eine mehr als seine Rate gezahlt hatte.

Uns interessirt indessen hier nur die obige Hauptfolge der wechselsweisen Verbürgung [5]).

Vor Justinian konnte also der Gläubiger, dessen mehrere (Partial-) Schuldner sich wieder unter einander verbürgt hatten, einen derselben auf das Ganze belangen, wobei ihm denn freilich die den Bürgen aus der Person ihres Hauptschuldners zustehenden Einreden, hier allerdings nur bezüglich der Theile der Mitschuldner, mit Erfolg entgegengesetzt werden konnten.

§. 3.

L. 11. pr. D. de duob. reis (45. 2).

Die einzige Stelle im Corpusjuris, welche unbestritten von der wechselsweisen Verbürgung redet, ist das pr. der l. 11. D. de duob. reis (45. 2); ein Fragment aus dem XI. Lib. Responsorum des Papinian. Nach dem Inhalt des übrigen Theils der Stelle, welche uns augenscheinlich in ihrem ursprünglichen Zusammenhange überliefert worden, spricht hier Papinian von der oben erwähnten Regel (wonach mehrere Schuldner desselben Gegenstandes an und für sich nur pro rata haften) und von den zu Gunsten des Gläubigers eingeführten Ausnahmen derselben — Correal-Obligation und wechselsweise Verbürgung. Hieraus erklärt sich die Aufnahme auch des principium der l. 11. in den Titel „de duobus reis", welcher nämlich vorzugsweise die im Wege der Stipulation entstehende Correal-Obligation abhandelt, aber auch anderer Entstehungsarten derselben (z. B. durch Testament) erwähnt. Wir bemerken dies, weil, wie wir gleich sehen werden, die bisherigen Interpreten der Ansicht sind, daß auch in unsrer Stelle von der eigentlichen Correal-Obligation durch Stipulation die Rede sei.

Die in allen Handschriften gleichlautenden Anfangsworte der l. 11. cit. — Reos promittendi vice mutua fidejussores non inutiliter accipi convenit — hat man nämlich bisher nur von jenem complicirtern Falle verstanden, wo die beiden Nebenver-

---

5) Eine Erörterung der übrigen Wirkungen derselben gibt Cujas an den oben angegebenen Orten, auf die wir hier verweisen können. Vgl. auch Anton. Fabri, Conjectur. jur. civ. Lib. 11. c. 1. et 2.

träge der Verpflichtung in solidum und der wechselsweisen Verbürgung combinirt worden sein sollen; und eben unsre Stelle ist als Zeugniß dafür angesehen, daß die Römer diese Häufung der Verpflichtungen gekannt hätten. Aber eine genauere Prüfung der Stelle muß sofort ergeben, daß die ersten Worte unmöglich auf Correal-Schuldner sich beziehen können. Denn wenn man mit Papinian's Worten: „Man ist darüber einig, daß es vortheilhaft „ist, Correal-Schuldner noch als wechselseitige Bürgen sich verpflichten zu lassen" — was die gewöhnliche Erklärung der Anfangsworte ist — die nachfolgende Beschreibung der Wirkungen einer solchen Verpflichtung vergleicht, so sieht man sofort (man wähle, welche Lesart man will), daß der Vortheil derselben keineswegs, wie zu erwarten, als ein auf Seiten des Gläubigers, sondern als ein ausschließlich auf Seiten der Schuldner liegender dargestellt ist. Einen solchen logischen Schnitzer dürfen wir Papinian nicht zutrauen.

Der Verfasser hat in der oben angeführten Dissertation (§. 77. pag. 155) diesen Widerspruch dadurch zu heben gesucht, daß er behauptete, unter den „reus promittendi" des Eingangs unserer Stelle seien nicht Correal-Schuldner, sondern gewöhnliche Mitschuldner (also unter Partial-Verpflichtung) zu verstehen, eine Annahme, welche Beifall gefunden zu haben scheint[6]).

Die Argumentation ist folgende: Wenn „reus promittendi" der Schuldner, „reus stipulandi" der Gläubiger in der Stipulation genannt wird[7]), so ist nichts natürlicher, als daß der Plural „rei promittendi" mehrere Stipulations-Schuldner, „rei stipulandi" mehrere Stipulations-Gläubiger bezeichnet, ohne daß dabei an das nicht zu vermuthende[8]) Verhältniß der Correalität gedacht wird. Und allerdings finden wir in den römischen Rechtsquellen für das exceptionelle Correal-Verhältniß in den Ausdrücken: „duo rei stipulandi, promittendi", „duo rei credendi,

6) v. Bangerow, Lehrb. der Pandekt. (VI. Aufl.), Bd. 3, S. 92. Auch Brinz, kritische Blätter Nr. 4, S. 35 ff. und Pand. Bd. 1, S. 621 tritt dieser Interpretation bei.

7) L. 1. D. de duob. reis (45. 2): Qui stipulatur, reus stipulandi dicitur, qui promittit, reus promittendi habetur.

8) L. 11. §. 1. 2. eod.

debendi", auch wohl „duo sive plures, duo pluresve, duo vel plures rei stipulandi, promittendi" ganz bestimmte Kunstausdrücke, die nur höchst selten vernachlässigt werden. So finden sich in dem ganzen Pandekten-Titel „de duobus reis constituendis" überall in jeder Zeile, mit Ausnahme des Anfangs unsrer l. 11, diese Kunstausdrücke ausschließlich gebraucht.

Man wird nun aber auch den Beweis verlangen, daß die Quellen sich des Wortes „rei promittendi" wirklich in dem Sinne von einfachen Theil-Schuldnern bedient haben. Wir müssen gestehen, diesen Beweis nicht führen zu können. Es ist uns, wenn wir Julians Novellen-Epitome[9]) und unsre l. 11. pr. — für die wir gerade den Beweis zu führen suchen — ausnehmen, keine einzige Stelle bekannt, in welcher „rei promittendi" im gewünschten Sinne gebraucht würde. Und es erscheint dies um so auffallender, als der Singular dieses Ausdrucks in hunderten von Stellen vorkommt. Es darf endlich nicht verschwiegen werden, daß es sogar eine Anzahl Stellen gibt, wo die Bezeichnungen „rei promittendi" und „rei stipulandi" auch ohne Hinzufügung von „duo" oder dgl. unzweifelhaft im Sinne von „Correal-Schuldner", „Correal-Gläubiger" gebraucht sind[10]).

Dessenungeachtet beharren wir bei unsrer Meinung. Daß die eigentlichen Kunstausdrücke stets „duo rei stipulandi, promittendi" und ähnliche waren, kann nicht zweifelhaft sein; wo sie nicht gebraucht werden, ist es Flüchtigkeit oder Ungenauigkeit im Ausdruck, welche deshalb für das Verständniß, was gemeint sei, weniger gefährlich war, weil man, wie es scheint um Verwechselungen zu vermeiden, sich des Plurals von „reus promittendi" und „reus stipulandi" in der eigentlichen Bedeutung (Theil-Schuldner, Theil-Gläubiger) nicht zu bedienen pflegte.

Daraus folgt nun aber noch nicht, daß, wo ein Zweifel über die Bedeutung der Worte gar nicht gehegt werden konnte, man sich ihrer nicht auch im ursprünglichen Sinne bedient haben

9) Ueber den weiter unten (§. 7) noch etwas vorkommen wird.

10) Z. B. „Rei credendi" in l. 42. §. 5. D. de procurator (3. 3); „rei promittendi" in l. 1. D. ratam rem hab. (46. 8); l. 7. 1. §. 1. D. de fidejuss. (46. 1); l. 4. 5. Cod. de duob. reis (8. 40); cf. l. 14 D. ratam rem hab. (46. 8).

ſollte. Papinian hat beim Aufzeichnen der Anfangsworte unſrer Stelle gewiß nicht erwarten können, daß Jemand annehmen würde, er wolle die Wirkungen einer ſo abnormen Combination zweier Verpflichtungsweiſen, wie man ſie hier gehäuft finden will, beſchreiben. Und, wenn wir die Wahl haben: entweder dem Papinian einen materiellen und logiſchen Unſinn unterzuſchieben, oder die beiden fraglichen Worte in ihrer urſprünglichen und einfachen, aber in den Quellen ſonſt nicht weiter gebrauchten Bedeutung anzunehmen, ſo wird Niemand zögern, ſich für die letztere Alternative zu erklären.

Sind rei promittendi aber einfach mehrere Schuldner deſſelben Gegenſtandes ohne correale Verhaftung, ſo wird die Stelle mit einem Male klar und brauchbar und paßt auch, wie oben geſagt, vollkommen in den Zuſammenhang deſſen, was Papinian noch in den §§. 1 und 2 deſſelben Fragments vorträgt.

Wir überſetzen daher: „Es herrſcht kein Zweifel, daß es „nicht ohne Nutzen iſt, Schuldner unter wechſelſeitiger Verbürgung „anzunehmen". In den folgenden Worten bis zum Ende des princ. werden die Wirkungen dieſer wechſelsweiſen Verbürgung beſchrieben. Der Sinn des Textes kann daher offenbar nicht anders ſein, als der Satz, den wir oben aus allgemeinen Grundſätzen ableiteten; der nämlich: daß die urſprünglich nur für ihren Kopftheil haftenden Mitſchuldner durch ihre Verbürgung für einander den Gläubiger berechtigen, Einen von ihnen auf's Ganze, theils aus der Hauptſchuld, theils aus der Bürgſchaft, zu belangen.

Offenbar will das auch unſer Text ſagen; er iſt aber ſowohl in der Florentiniſchen als in den Vulgat-Handſchriften ungenießbar. Sehen wir uns zuerſt die Florentina an[11]):

Papinian ſagt darin: „Es iſt nicht ohne Vortheile, wenn „man ſeine Schuldner ſich für einander verbürgen läßt; wenn da-

11) Reos promittendi vice mutua fidejussores non inutiliter accipi convenit; reus itaque stipulandi actionem suam dividere si velit — neque enim dividere cogendus est — poterit eundem ut principalem reum item qui fidejussor pro altero extitit, in partes convenire, non secus, ac si duos promittendi reos divisis actionibus conveniret.

„her der Gläubiger ſeine Klage theilen will (wozu er nicht ge„zwungen werden kann), ſo kann er Einen von ihnen ſowohl als „Hauptſchuldner als als Bürgen des Andern auf die Theile ver„klagen, ganz ebenſo, als wenn er Correal-Schuldner mit getheil„ten Klagen belangte".

Dies würde voll von Widerſprüchen ſein. Wenn der Gläubiger ſeine Klage theilen will, ſo kann er nicht „eundem in partes convenire"; denn dies iſt eben der Weg, den er einſchlägt, wenn er nicht theilen will. Der Gläubiger braucht nicht zu theilen, weil gerade die gegenſeitige Verbürgung ſeiner Schuldner ihm möglich macht, einen und denſelben, halb als Hauptſchuldner, halb als Bürgen in partes (d. i. im Reſultat auf's Ganze) zu belangen; wenn er aber ſeine Klage theilen will (unter Verzichtleiſtung auf die wechſelſeitige Bürgſchaft), ſo muß er eben gegen beide Schuldner pro rata aus der Hauptſchuld und wird eben nicht gegen Einen allein klagen. Wie falſch iſt endlich der herbeigezogene Vergleich mit der Correalſchuld! Wer duos reos promittendi „divisis actionibus" belangt, klagt ſelbſtverſtändlich gegen Mehrere auf ihre Raten unter Verzichtleiſtung auf die ihm zuſtehende Solidarklage gegen Einen; ein Verfahren, welches doch nicht mit der Klage des Gläubigers gegen Einen und zwar „eundem ut principalem reum item qui fidejussor pro altero extitit" (wo eben keine Theilung ſtattfindet) zuſammenzuſtellen iſt.

Iſt daher unſre Interpretation der Anfangsworte richtig, ſo muß in dem Florentiniſchen Texte des folgenden Theils der l. 11. pr. ein Fehler ſtecken [12]).

Hier muß nun aber noch nachgewieſen werden, daß dieſer Florentiniſche Text auch dann nicht zu gebrauchen iſt, wenn man die Anfangsworte „Reos promittendi" mit „Correal-Schuldner" überſetzt. Es iſt dies der Fall:

1) wegen des logiſchen Fehlers, daß Papinian zuerſt von dem Nutzen des Gläubigers („non inutiliter accipi") ſpricht, welcher die Correal-Schuldner ſich noch obenein unter einander verbürgen läßt, dann aber eine Wirkung dieſer wechſelsweiſen

12) Dies überſieht Brinz a. a. O.

Verbürgung beschreibt, welche dem Gläubiger keineswegs irgend welchen Vortheil gewähren kann; man beachte ferner den Widerspruch: daß zuerst hervorgehoben wird, es bringe Vortheil, wenn man seine Correal-Schuldner sich außerdem noch für einander verbürgen lasse, dann aber nach der Beschreibung des Resultats hievon erklärt wird, dies sei gerade wie bei simplen Correal-Schuldnern (verbis „non secus“ rel.), also in dem Falle, wo keine wechselseitige Verbürgung hinzugetreten ist;

2) weil das „actionem dividere“ beide Male, wo es vorkommt, in einer höchst ungewöhnlichen und unpassenden Weise gebraucht sein würde; unter „actionem dividere“ verstehen die Römer nur den Fall, wo der Gläubiger, der in solidum klagen könnte, Raten-Klagen gegen Mehrere anstellt [13]);

3) hiernach würde denn auch der Vergleich des hier beschriebenen Erfolges mit dem Theilen der gegen mehrere Correal-Schuldner zustehenden Solidarklage, wie er in den Schlußworten der l. 11. pr. angestellt wird, nicht passend sein.

Der Text der Florentina ist hiernach weder für die gewöhnliche, noch für unsre Meinung, so wie er vorliegt, zu gebrauchen.

Der Vulgat-Text trägt die Spuren der Verfälschung noch deutlicher an sich [14]):

So mag ein Glossator oder höchstens ein Jurist aus der Periode der schlechtesten Latinität den Text sich herzustellen versucht haben; die klassische Schreibweise des Papinian ist dies nicht. Der Inhalt würde nach der gewöhnlichen Interpretation der Anfangsworte dieser sein: Ist zur Correalschuld noch wechselseitige Verbürgung hinzugetreten, so kann der Gläubiger 1) seine Klage theilen; 2) gegen Einen aus der Haupt- (Correal-) Schuld; 3)

---

13) In keiner der vielen Stellen, in denen von dem Theilen der in solidum zustehenden Klage die Rede ist, findet sich das „actionem dividere“ in anderer Bedeutung.

14) Reos promittendi vice mutua fidejussores accipi convenit. Poterit itaque reus stipulandi actionem suam dividere si velit (neque enim dividere cogendus est), sed poterit eundem ut principalem convenire reum. Item eum, qui fidejussor pro altero extiterit, in partes convenire potest; non secus ac si duos promittendi reos divisis actionibus conveniret.

gegen Einen aus der Verbürgung auf's Ganze klagen. Ein ganz richtiges Reſultat. Es ſteht aber dem Texte, abgeſehen von der ſtümperhaften Ausdrucksweiſe entgegen:

Daß der logiſche Widerſpruch mit den Anfangsworten auch hier nicht gehoben iſt, indem dasjenige, was zu den Wirkungen der einfachen Correal-Obligation noch hinzukommt — Nr. 3 — keineswegs zum Vortheile des Gläubigers gereicht,

und daß der an die letzte Wirkung geknüpfte Vergleich mit der ſimplen Correal-Obligation vollends ganz unpaſſend iſt.

Legen wir aber den Anfangsworten den von uns gebilligten Sinn unter, ſo paſſen freilich die ad 1) und 3) angegebenen Wirkungen ſo ziemlich, in keiner Weiſe aber die zweite (Belangung Eines Schuldners auf das Ganze aus der Hauptſchuld); endlich iſt die Schluß-Vergleichung mit der Correal-Schuld ebenfalls ſinnlos. —

Verſuchen wir nun ſelbſt eine angemeſſene Reſtitution des Textes.

Eine Hauptſchwierigkeit bilden immer die Schlußworte, wo ein Vergleich mit der Correal-Obligation angeſtellt wird; an der Stelle, wo er ſich findet, iſt er, wie gezeigt, unter allen Umſtänden unpaſſend; denn der Fall, wenn der Correal-Gläubiger ohne Benutzung ſeines Klagerechts in solidum gegen Einen, die einzelnen Schuldner auf ihre Raten belangt, iſt keinenfalls mit der dicht vorher beſchriebenen Geltendmachung des ſtrengen Rechts desjenigen Gläubigers zu vergleichen, deſſen Schuldner ſich für einander verbürgt haben [15]). Die einzige Stelle unſres fr. 11 pr., wo der eine vergleichsweiſe Anführung enthaltende Schlußſatz am rechten Orte ſtände, iſt hinter den Worten, wo erwähnt wird, daß der Gläubiger ſeine Klage gegen die wechſelſeitigen Bürgen auch theilen könne. Wir tragen auch kein Bedenken, den betreffenden Schlußſatz am Ende zu ſtreichen und an der erwähnten Stelle

15) Vielleicht ſtammt die Leſeart bei Haloander „diversis actionibus“ (ſtatt „divisis actionibus“) aus einem Verſuche, den im Text erwähnten Widerſpruch zu heben. Sie iſt übrigens, „diversae actiones“ in dieſem Sinne angenommen, unhaltbar, da der Correal-Gläubiger nur eine Klage, die aus der Correal-Promiſſion ſeiner Schuldner, nicht aber noch eine zweite („diversa“) hat.

einzufügen. Wie leicht konnte es geschehen, daß der Abschreiber den Zwischensatz, welcher gerade eine Zeile füllte, übersah, ihn später, vielleicht mit einem Zeichen versehen, am Rande oder am Schlusse des princ. unsrer Stelle nachtrug, und daß er, weil das Zeichen von den Späteren unbeachtet blieb, an seiner jetzigen Stelle eingeschaltet wurde oder stehen blieb. Es würde nicht das erste Mal sein, daß durch Wiederherstellung versetzter ganzer Zeilen eine Stelle ihren ursprünglichen Sinn wieder erhielte.

Dürfen wir uns diese Aenderung erlauben, so bedarf es weiterer Emendationen zur Restitution der l. 11. pr. nicht; vorausgesetzt, daß es uns gestattet wird, theils die Vulgata, theils die Florentina unsrem Texte zu Grunde zu legen.

Wir lesen nämlich folgendermaßen: Reos promittendi vice mutua fidejussores non inutiliter accipi convenit.

Soweit in beiden Texten identisch. Wir fahren mit der Vulgata fort:

Poterit itaque reus stipulandi actionem suam dividere, si velit (neque enim dividere cogendus est),[15a])

und lassen nun den Schlußsatz folgen:

non secus ac si duos promittendi reos divisis actionibus conveniret;

endlich theils nach der Vulgata, theils nach der Florentina:

sed [et][16]) poterit eundem ut principalem reum, item qui fidejussor pro altero extiterit, in partes convenire.

Auf deutsch: „Man ist darüber einig, daß es nicht ohne „Nutzen für den Gläubiger ist, wenn er seine Schuldner sich für „einander verbürgen läßt. Es kann dann der Gläubiger seine „Klage theilen, wenn er Lust hat (denn dazu gezwungen werden „kann er nicht), nicht anders, als wenn er als correi haftende „Schuldner mit getheilten Klagen belangen würde; aber er kann „auch [und dies ist der Vortheil] Ebendenselben als Hauptschuld-

---

15a) Dieser Zwischensatz („neque enim“ rel.) sieht übrigens, beiläufig bemerkt, fast aus wie ein Glossem.

16) Dieses durch Gemination des in der Vulgata stehenden SET zu erlangende „et“ kann übrigens denen, welche Emendationen auch dieser milden Art nicht lieben, gern geopfert werden, da es nicht unbedingt nöthig ist.

„ner und zugleich als ſolchen, der ſich für den Andern verbürgt „hat, auf die [beiden] Theile [alſo auf's Ganze] belangen".

Wir brauchen wohl kaum hinzuzufügen, daß die Stelle in dieſer Geſtalt mit klaren Worten die Reſultate der einfachen wechſelſeitigen Verbürgung ſchildert. Wenn der Gläubiger die urſprünglich nur pro rata haftenden Schuldner ſich untereinander verbürgen läßt, ſo hat er, ſagt Papinian, den Vortheil davon, daß er ſie nicht mehr blos Jeden auf ſeine Rate aus der Hauptſchuld zu belangen braucht (was indeſſen ihm immer ebenſo gut zuſteht, wie es der Correal-Gläubiger kann), ſondern nun auch das Recht hat, durch Procediren gegen einen Einzigen derſelben zu ſeiner ganzen Forderung auf ein Mal zu gelangen; und zwar dies, indem er ihn wegen ſeines Antheils an der principalen Schuld, zugleich aber aus der aus dem Nebenvertrage entſpringenden Bürgſchafts-Haftung wegen der übrigen Theile angreift.

Auf noch einem andern Wege hatte früher der Verfaſſer in ſeiner oben citirten Diſſertation die Reſtitution dieſer Stelle verſucht; er nimmt dieſen Verſuch hiemit zurück, weil auch nach dem von ihm reſtituirten Texte der Schwerpunkt der Stelle nicht, wie es doch die Anfangsworte verlangen, in die für den Gläubiger vortheilhafte Wirkung der wechſelſeitigen Bürgſchaft gelegt wäre, und weil die Ausdrucksweiſe Papinian's eine etwas unbeholfene ſein würde [17]). Der vorſtehend gegebenen neuen Herſtellung der l. 11. pr. wird man dieſe Vorwürfe nicht machen können, und wir hoffen, daß man nach unſrer Entwickelung der Stelle, wonach ſie nur von dem einfachen Verhältniß der gegenſeitigen Verbürgung ſpricht, in ihr etwas Anderes nicht mehr ſuchen wird.

---

17) Es war nämlich, vorzugsweiſe auf Grund der Vulgata, nach den unbeſtrittenen Anfangsworten folgendermaßen reſtituirt (l. c. pag. 154): „Poterit itaque reus stipulandi, actionem suam dividere si velit (neque „enim dividere cogendus est, sed poterit eundem ut principalem con„venire reum, item eum, qui fidejussor pro altero extiterit), in partes „convenire [sc. reos]; non secus ac si duos promittendi reos divisis „actionibus conveniret".

§. 4.

Einfluß der Novelle 4 auf die wechselsweise Verbürgung.

Soviel vom Vorjustinianeischen Rechte. Es entsteht nun die Frage: in welcher Weise afficirte das durch die Novelle 4 (cap. 1) im Jahre 535 von Justinian dem Bürgen (Mandator und Constituenten) gegebene s. g. beneficium excussionis die Stellung des Gläubigers zu solchen Schuldnern, welche sich unter einander für die gemeinsame Schuld verbürgten?

Bekanntlich wird durch das beneficium excussionis der den Bürgen vor dem Hauptschuldner in Anspruch nehmende Gläubiger gezwungen, erst sein Heil gegen den Hauptschuldner selbst zu versuchen, die Präsenz desselben vorausgesetzt. Da die wechselseitige Bürgschaft sich in nichts Wesentlichem von der einfachen Bürgschaft unterscheidet (denn daß derjenige, welcher Hauptschuldner des Einen wegen einer Rate, auch zugleich dessen Bürge wegen der andern Rate ist, nimmt dem Verhältnisse kein Titelchen von seiner Bürgschafts-Eigenschaft), so kann die Anwendbarkeit des cap. 1 der Nov. 4 auch auf die wechselseitige Bürgschaft nicht in Frage gestellt werden, wenn diese letztere Verpflichtungsart auch in dem Gesetze nicht erwähnt war oder selbst dem Gesetzgeber bei Abfassung der Novelle nicht einmal vorgeschwebt hatte.

Wollte also der Gläubiger, wie er bis jetzt gekonnt hatte, einen der wechselseitigen Bürgen auf das Ganze belangen, so zwang ihn dieser durch die auf die Nov. 4 gestützte Einrede, den Fall der Präsenz des Mitschuldners vorausgesetzt, unter Zahlung des auf ihn als Hauptschuldner kommenden Kopftheils, wegen des Restes (für den er ja nur Bürge des Mitschuldners war) sein Heil zunächst bei diesem zu versuchen; wobei nach dem Inhalte der Novelle dem Gläubiger das Recht blieb, im Fall der Nichtbefriedigung durch die Mitschuldner auch wegen der Raten dieser auf den Erstbelangten zu recurriren.

Vom legislatorischen Standpunkte war dies Resultat gewiß nicht zu billigen; denn während bisher bei der wechselsweisen Verbürgung der Gläubiger zu seiner promten Befriedigung es nur mit Einem zu thun hatte, und es dem Schuldner, welcher den

Gläubiger ganz hatte befriedigen müssen, allein überlassen blieb, das Gleichgewicht zwischen dem von ihm Empfangenen und dem von ihm Gezahlten dadurch wieder herzustellen, daß er mittelst der ihm als Bürgen der Uebrigen zustehenden actio mandati nachträglich deren Raten einzog; — mußte nun der Gläubiger selbst dem unter Umständen gefährlichen Geschäfte (so zu sagen) einer Theilung durch Anstellung mehrerer Prozesse sich unterziehen. Die Novelle 4 kann mit Recht als ein Ausfluß des im spätern römischen Civilrechte so überwiegenden Billigkeits-Principes, das sich nicht selten auf Kosten der Rechtssicherheit Bahn brach und in Justinian's eigener Gesetzgebung seinen Schluß- und Höhepunkt erreichte, betrachtet werden.

§. 5.

Die Novelle 99.

Nachdem wir in den vorhergehenden Ausführungen das vor der Nov. 99 in Bezug auf die wechselseitige Bürgschaft geltende Recht dargestellt haben, wird es am Platze sein, gleich hier beim Beginn der Interpretation dieses merkwürdigen Gesetzes unsre Meinung über den Inhalt desselben kurz zusammen zu fassen und dann erst die specielle Wort-Erklärung folgen zu lassen.

Justinian verordnet nach unsrer Auffassung in der Nov. 99 nur eine in das Gebiet der wechselseitigen Verbürgung fallende Bestimmung. Nachdem er in der Praefatio Bezug auf das kurz voraufgegangene Gesetz, welches das s. g. beneficium excussionis einführte, genommen und bemerkt hatte, es bedürfe diese Novelle eines nützlichen und nicht unwichtigen Zusatzes, erklärt er zunächst, daß im Fall der simplen wechselsweisen Verbürgung es bei den eben durch die Nov. 4 verordneten Bestimmungen sein Bewenden haben solle. Wir erinnern uns, daß auf Grund dieses Gesetzes der Gläubiger, nur den Fall der Präsenz des Hauptschuldners vorausgesetzt, von dem aufs Ganze in Anspruch genommenen Bürgen genöthigt werden konnte, erst den Hauptschuldner auszuklagen; also, auf wechselseitige Bürgen angewandt, der eine derselben, wenn er in solidum belangt wurde, bei Offerirung seiner Rate den Gläubiger zwingen konnte, wegen der übrigen Raten zunächst erst die übrigen anwesenden Mit-

schuldner zu belangen; ein Verfahren, durch welches der Gläubiger in der Regel eine ganz gleichmäßige Theilung unter seinen Schuldnern herbeiführte. Hierbei soll es also verbleiben. Hätten aber die sich für einander verbürgenden Mitschuldner, fährt Justinian fort, bei der Vornahme der wechselseitigen Verbürgung den Ausdruck „in solidum“ („εἰς ὁλόκληρον“) oder einen gleichbedeutenden hinzugefügt, so solle darin nicht etwa ein Verzicht auf jenes in der Nov. 4 gegebene beneficium oder gar die Uebernahme einer wirklichen Correalschuld gesehen werden; vielmehr solle der Vertrag als wechselseitige Bürgschaft fortbestehen, nur mit der Abweichung von den Vorschriften der Nov. 4 — und dies zu Gunsten des Gläubigers — daß dieser nicht anders von dem Einen der wechselseitigen Bürgen sich wegen der fremden Raten an dessen Mitschuldner brauche verweisen zu lassen, als im Falle nicht bloß der Präsenz, sondern auch der Solvenz derselben. Denn auf diese Weise werde jenen, den Schuldnern, der Charakter der von ihnen durch gegenseitige Verbürgung für die von Anfang an getheilte Schuld gewollten Verpflichtungsweise, wie billig, gewahrt, ohne daß doch den Gläubiger irgend welcher Schaden treffen könne. — Die nachher noch folgenden Bestimmungen insbesondere über die Ermittelung der Solvenz der einzelnen Schuldner suchen diesen doppelten Zweck auf eine für beide Theile bequeme Weise zu erreichen.

Dies der wesentliche Inhalt der Novelle. Sie bezieht sich also in dem Theile, welcher das Neue enthalten soll, nur auf den vielleicht dazumal häufigern, dagegen zu unseren Zeiten gewiß niemals vorkommenden Fall, wenn bei Eingehung der wechselseitigen Bürgschaft die Schuldner ihre Verbürgung für einander ausdrücklich als in solidum gemeint erklärten. Wir müssen schon hier hervorheben, daß dieser Fall gar wohl von jenem im Beginn dieser Abhandlung als unpraktisch, ja undenkbar bezeichneten Falle zu unterscheiden ist, wo zu der Principalschuld zwei selbstständige Nebenverabredungen, die der Verpflichtung als correi und die der wechselsweisen Verbürgung hinzutreten. Der letztere Fall würde z. B. dann entstanden sein, wenn der Gläubiger zuerst seine beiden Schuldner Maevius und Seius gefragt hätte: „Maevi, decem aureos dare spondes? Sei, eosdem decem aureos dare spondes?“

und ihm Beide, Jeder für ſich, ihr „spondeo!“ erwiedert hätten — die Entſtehung der Correal-Obligation durch Stipulation [18]) —; dann aber der Gläubiger noch erſt den Maevius befragt hätte: „Maevi, decem aureos, quos mihi dare Seius promisit, fide tua esse jubes?“ und dann den Seius: „Sei, decem aureos, quos mihi dare Maevius promisit, fide tua esse jubes?“ und von Beiden zur Antwort ertheilt wäre: „Eosdem fide mea jubeo!“ — Ganz anders der Fall, den wir der neuen Beſtimmung in der Novelle 99 unterlegen. Nachdem hier beide Schuldner (welche die Abſicht, ſich als correi zu verpflichten, nicht haben), einfach gefragt waren: „Maevi et Sei, decem aureos dare spondetis?“ und geantwortet hatten: „Spondemus!“ folgte noch die Frage an Jeden beſonders: „Idem, quod Seius (Maevius) dare spopondit, fide tua esse in solidum jubes?“ und die beiderſeitige Antwort: „Fide mea in solidum esse jubeo!“ Oder, was wahrſcheinlicher, es wurden gleich beide Fragen zuſammengezogen, folgendermaßen: „Maevi et Sei, decem aureos dare spondetis, eosdemque vice mutua fide vestra in solidum esse jubetis?“ — mit der Antwort: „Spondemus et fide nostra in solidum esse jubemus!“ Im letzteren Falle würde dann die über den Vorgang aufgenommene cautio etwa gelautet haben: „Maevius et Seius Titio decem aureos dare spopondimus eosdemque mutua vice fide nostra in solidum esse jussimus.“

Wie unwahrſcheinlich nun das Vorkommen einer ſolchen Verpflichtungsweiſe vor Erlaß der Nov. 4 geweſen ſein mag — denn es läßt ſich nicht abſehen, was der Gläubiger bei ſeiner unbedingten Berechtigung, ohne Weiteres Einen der unter gegenſeitiger Verbürgung haftenden Schuldner auf's Ganze in Anſpruch zu nehmen, oder gar die Schuldner durch Beifügung des in solidum gewonnen hätten —; um ſo erklärlicher wird die letztere Beifügung nach Publication der Nov. 4. Denn gar wohl konnte man in dieſem Zuſatze — gewiß nicht die Abſicht, neben der wechſelſeitigen Bürgſchaft noch obenein eine wirkliche Correal-Verpflichtung eingehen zu wollen — wohl aber den Willen der Parteien finden, das durch die Nov. 4 ertheilte beneficium aus-

18) Pr. I. de duob. reis (3. 16).

zuschließen, also eine stillschweigende Renunciation desselben. Oder aber, wenn der Richter den oben aufgezeichneten Formeln eine solche Bedeutung nicht zuschreiben wollte, mindestens konnte er zweifelhaft darüber sein, welche Verpflichtungsweise die auf die angegebene Art contrahirenden Parteien gewollt; ob die durch das in solidum angedeutete Correal-Verpflichtung oder die die ganze Formel beherrschende wechselseitige Verbürgung beabsichtigt, d. i. welche von ihnen stark genug sei, die andere auszuschließen. Denn um es noch einmal hervorzuheben, ein Nebeneinander beider Verpflichtungsweisen war zu unpraktisch, um gewollt zu sein [19]).

Diese Zweifel nun, und weiter nichts, entschied Justinian in der Novelle 99. Betrachten wir die von ihm getroffene Norm etwas näher. Er will als Grundlage der Haftung der Schuldner die gegenseitige Verbürgung derselben bestehen lassen — also tritt das Recht der Novelle 4 ein; aber ganz wirkungslos soll denn doch die Hinzufügung des in solidum nicht sein; und zwar soll der Gläubiger von dem zuerst Belangten wegen der Raten der Uebrigen nicht schon dann an diese gewiesen werden dürfen, wenn sie nur anwesend sind; es soll auch ihre Solvenz feststehen. Gewiß kein unbedeutender Unterschied! Denn gerade die Vorschrift, daß der Gläubiger erst alle anwesenden Mitschuldner ohne vorherigen Nachweis ihrer Solvenz auf ihre Raten zu belangen hatte, ehe er auf volle Befriedigung durch

19) Wir machen namentlich noch darauf aufmerksam, daß die bei Verträgen unzweifelhaft häufigste (vielleicht einzige) Entstehung der Correal-Schuld die durch Stipulation war, daß bei dieser Entstehungsweise die Promittenten aber sich keineswegs eines Ausdrucks wie „in solidum“ bedienten, vielmehr eine Wortformel gebrauchten, welche auf eine höchst prägnante Weise die beabsichtigte Verpflichtung bezeichnete (pr. I. de duob. reis 3. 16). Man lasse sich nicht irre machen durch l. 11. §. 2. D. de duob. reis (45. 2); denn diese gibt ja nur den Inhalt der über die Stipulation aufgenommenen cautio (schriftlichen Verhandlung) wieder, in der nicht die gebrauchte Formel selbst, sondern nur das Resultat derselben, die Haftung in solidum, verzeichnet zu werden brauchte. Es dachte deshalb Justinian bei dem Falle, wo die Verpflichtung εἰς ὁλόκληρον zu der wechselsweisen Verbürgung hinzugekommen, ganz gewiß eben so wenig an die Entstehung einer besondern Correal-Obligation, als die Kaiser sie in dem in l. 3. Cod. de fidejuss. (8. 41) besprochenen Falle angenommen haben.

Einen rechnen konnte, mochte, abgesehen von dem Zeitverluste, nicht selten prozessualische Verluste mit sich führen und hatte die Gefahr im Gefolge, daß in der Zwischenzeit auch der anfangs Solvente in Zahlungs-Unvermögen verfallen konnte. Auch in der noch unten zu erwähnenden Vorschrift über Ermittelung der Solvenz der nicht zuerst Belangten liegt für den Gläubiger der große Vortheil, daß es jetzt nur einer Klage bedurfte, um Befriedigung zu erlangen — und dies, ohne daß die Schuldner, denen eine schwierige Beweislast abgenommen wurde, in eine schlimmere Lage versetzt wurden.

Es sind dies ganz vernünftige Vorschriften, allerdings wohl wieder dictirt durch die Sucht, ohne große Nothwendigkeit den Schuldnern Vortheile zu gewähren.

Man muß namentlich auch den Umstand, daß das „in solidum" nur eine untergeordnete Wirkung üben sollte, der Glaubhaftigkeit unsres Erklärungs-Versuchs nicht entgegen halten. Denn auch in einem andern Falle fand man in der Beifügung des „in solidum" keine Verzichtleistung auf eine Einrede, welche fast ganz dieselbe Wirkung übt, wie die der Excussion in dem Verhältnisse der wechselseitigen Bürgen. Dieser Fall, welcher möglicherweise auf Justinians Entscheidung in unsrer Novelle von Einfluß gewesen sein mag, ist folgende in der l. 3. Cod. de fidejuss. (8. 41) enthaltene Entscheidung der Kaiser Severus und Antoninus: Es hatten zwei Bürgen in der von ihnen abgeschlossenen Stipulation die Worte „in solidum" hinzugefügt. Bekanntlich haften mehrere Mitbürgen wie correi, nur daß sie durch das aus einer epistola Divi Hadriani geflossene beneficium divisionis geschützt sind. Nun konnte man hier sagen: der Zusatz in solidum schafft entweder für die Mitbürgen neben ihrer ursprünglichen Verpflichtung noch eine zweite, eine wahre Correalschuld, oder er schließt wenigstens — sonst würde die Hinzufügung ganz bedeutungslos sein — das ihnen zustehende beneficium divisionis aus. Nichts von alledem. Die Kaiser rescribiren, ein solcher Zusatz sei ohne Folge, weil er ja nicht mehr sage, als die „conditio juris et constitutio" mit sich bringe[20]).

20) Nam licet significes, adjectum esse in obligatione, ut singuli in

Man mag über den Werth oder Unwerth dieser Entscheidung streiten; jedenfalls wird man nach diesem Vorgange die in der Nov. 99 von uns gefundene Verordnung, nach der die Hinzufügung der Worte „in solidum“ weder eine besondere Correal-Verpflichtung begründen, noch das in der Nov. 4 gewährte beneficium völlig ausschließen soll, für abderitisch erklären. —

Wenn es uns gelungen sein sollte, mit Rücksicht auf das vorangegangene Recht und auf nahe liegende Verhältnisse der Novelle eine verständige sachgemäße Bedeutung unterzulegen, so bleibt uns zunächst der Beweis davon übrig, daß der Text derselben gerade diese Vorschriften enthalte, und dann, daß er keine andere, mindestens keine so passende Deutung zulasse.

§. 6.

Wort-Interpretation der Novelle 99.

Die Novelle 99 gehört zu denjenigen, deren Original-Text in griechischer Sprache gefaßt war. Sie war bis auf Haloander nur in der lateinischen Vulgat-Uebersetzung und in Julian's Epitome bekannt. Erst Haloander gab im Jahre 1531 in seiner Novellen-Ausgabe den Urtext heraus. Da es sich bei der Interpretation derselben vorzugsweise um die Bedeutung eines griechischen Wortes handelt, so konnte erst mit dem Bekanntwerden des Urtextes eine gründliche Untersuchung möglich werden. Die bekannten griechischen Handschriften weichen nicht bedeutend (eine Stelle ausgenommen) von einander ab; wichtig hierfür ist, daß sich unsre Novelle auch in den Basiliken (XXVI. tit. 2) in völlig unveränderter Gestalt findet.

---

solidum tenerentur, tamen nihil haec res mutat conditionem juris et constitutionem. Nam et quum hoc non adjiciatur, singuli tamen in solidum tenentur, sed ubi sunt omnes idonei, in portionem obligatio dividitur. — Cf. Dedekind l. c. pg. 66. 162. — Dieselbe „conditio juris“ trifft aber auch bei der wechselsweisen Verbürgung zu, selbst noch nach Erlaß der Nov. 4. Denn das Klagerecht des Gläubigers gegen Einen auf's Ganze bleibt bestehen; nur daß dasselbe durch die aus der Novelle 4 entspringende Einrede der Excussion theilweise und zeitweilig illusorisch gemacht werden kann.

Die Praefatio der Novelle lautet in deutſcher Ueberſetzung: „Wir wiſſen, daß wir vor Kurzem über das Wahlrecht der „Mandatoren, Fidejuſſoren und Conſtituenten eine Verordnung er„laſſen haben, in welcher mehrere und unſeren Unterthanen nütz„liche Beſtimmungen enthalten ſind, welche in der Gegenwart aber „uns einer nicht überflüſſigen und dem gemeinen Wohle vortheil„haften Erläuterung und Vervollſtändigung zu bedürfen ſcheinen".

Daß dieſe Worte nur auf die nicht ganz 4 Jahre zuvor erlaſſene Novelle 4 (unſre Novelle iſt vom Jahre 539) zu beziehen ſind, darüber herrſcht kein Streit, und kann kein Streit herrſchen[21]). Wir machen gleich hier darauf aufmerkſam, wie das ſpätere Geſetz nur als eine Erläuterung und Vervollſtändigung (*ἐπεξεργασία* und *προσθήκη*) des frühern eingeführt wird.

Juſtinian fährt nun im princ. des cap. 1 folgendermaßen fort:

Εἰ γάρ τις ἀλληλεγγύως ὑπευθύνους λάβοι τινάς, εἰ μὲν μὴ προσθείη τὸ δεῖν καὶ ἕνα[22]) *τούτων εἰς ὁλόκληρον ἐνέχεσθαι, πάντας ἐξ ἴσου τὴν ἀγωγὴν ὑφίστασθαι.*

Auf deutſch: „Sobald nämlich Jemand mehrere Schuldner „unter gegenſeitiger Verbürgung annimmt, und es iſt dann nicht „hinzugefügt, daß ſie ſolidariſch haften ſollen, ſo ſollen Alle zu „gleichen Theilen der Klage unterworfen ſein."

Wir haben hier alſo den bereits durch die Nov. 4 getroffenen Fall der einfachen wechſelſeitigen Verbürgung[23]). Es entſteht nun die Frage: Enthält das „*πάντας ἐξ ἴσου τὴν ἀγωγὴν ὑφίστασθαι*" einen neuen Rechtsſatz, oder ſchildert es nur das zufolge jener Novelle 4 bereits beſtehende Recht? Dem Wortlaut nach anſcheinend das Erſtere. Denn daß Alle zu gleichen Theilen belangt werden ſollen, das folgt ſo ohne Weiteres aus dem beneficium excussionis noch nicht, wenn gleich, wie oben gezeigt iſt, in der Regel ein derartiger Erfolg durch Benutzung der in

---

21) Nachweiſungen ſiehe bei Dedekind l. c. pg. 158 not. 2).

22) Hier will Schrader (Hugo's Civiliſt. Magazin Bd. 4, S. 429) noch einer (ſeltenen) Lesart der Vulgata („unumquemque") ſtatt *ἕνα — ἕκαστον* leſen. Der Sinn iſt offenbar der des lateiniſchen „singulos".

23) Daß *ἀλληλεγγύως ὑπεύθυνοι* wirklich wechſelſeitige Bürgen ſind, wie hier vorausgeſetzt wird, ſoll unten beſonders gezeigt werden (§. 8).

Rede stehenden Rechtswohlthat herbeigeführt werden wird. Es kann deshalb in diesen Worten eine neue, die Nov. 4 in Bezug auf die gegenseitige Bürgschaft abändernde Bestimmung gefunden werden. Indessen scheint uns die richtigere Ansicht doch die zu sein, daß Justinian wirklich in den fraglichen Worten eben nur das zufolge der Nov. 4 geltende Recht in der Kürze charakterisiren wollte. Die dann ungenaue, ja streng genommen, unrichtige Ausdrucksweise findet nämlich in Mehrerem eine Entschuldigung und Erklärung. Erstens ist das regelmäßige Resultat der Anwendung des benef. excussionis wirklich die ganz gleichmäßige Theilung der Schuld unter die Theilnehmer, welche sich unter einander verbürgt haben; zweitens durfte sich Justinian schon etwas ungenau ausdrücken, weil er annehmen konnte, das eben erst erlassene Gesetz, auf welches in der Vorrede zu dem neueren noch besonders Bezug genommen war, sei noch in so frischem Angedenken, daß ein Mißverständniß nicht leicht möglich sei, und weil die supplementarische Eigenschaft der Nov. 99 gewiß meistens zur Folge haben mußte, daß sie in den Abschriften und Sammlungen dicht hinter das Hauptgesetz, die Nov. 4, eingeschaltet wurde — wie dies wirklich in den Basiliken geschehen ist —. Endlich aber, und dies ist der schlagendste Grund, erläutert Justinian kaum eine Zeile weiter das mit den fragl. Worten Gemeinte auf eine so deutliche Weise, daß ein Zweifel über den Sinn derselben nicht gut denkbar war. Wir finden nämlich in den gleich folgenden Worten: *οὐκ εὐθὺς μέντοι* bis *ἐνέχεται* diese nähere Erörterung; auf welche Weise, wird sich gleich zeigen.

So viel von dem ersten in der Novelle besprochenen Falle.

Im folgenden (Haupt-) Theile weicht unsre Interpretation so sehr von der gebräuchlichen ab, daß wir es für passend halten, den griechischen Text mit unsrer Uebersetzung zusammenzustellen [24]).

---

24) *Εἰ δὲ καί τι τοιοῦτο προστεθείη, φυλάττεσθαι μὲν τὸ σύμφωνον (οὐκ εὐθὺς μέντοι τὴν ἀρχὴν ἕκαστον ὁλόκληρον ἀπαιτεῖσθαι, ἀλλὰ τέως μὲν κατὰ τὴν μοῖραν, καθ' ἣν ἕκαστος ἐνέχεται)· χωρεῖν δὲ αὐτὸν καὶ κατὰ τῶν ὑπολοίπων, εἴγε καὶ εὔποροι καθεστᾶσι καὶ ἐνδημοῦσι.*

Καὶ εἰ τοῦτο οὕτως ἔχον φανείη, εἰ μὲν εὐπόρως ἔχουσι καὶ παρόντες τύχοιεν, ἐκείνους κινδυνεύειν ἐκπληρῶσαι (ἕκαστον εἰς τὸ

Justinian fährt fort: „Aber auch wenn etwas Derartiges hinzugefügt worden, so soll doch der Vertrag [der gegenseitigen Verbürgung] aufrecht erhalten werden (wonach also nicht sogleich die Einzelnen auf das Ganze in Anspruch genommen werden können, sondern vorläufig nur auf den Theil, für welchen ein Jeder haftet); allein der Gläubiger soll auch die Uebrigen nur dann angreifen, wenn sie ebensowohl solvent als gegenwärtig sind.

„Und wenn es sich ergibt, daß dergleichen vorgekommen [d. i. daß in solidum hinzugefügt worden], so sollen die Schuldner [1], wenn sie solvent sind und am Orte gegenwärtig, ein Jeder zu seinem Kopftheile das bezahlen, was sie unter gegenseitiger Verbürgung aufgenommen haben, und wovon sie Schuldner in solidum geworden sind, und soll die gemeinschaftliche Schuld nicht Einem allein zur Last gereichen; ergibt es sich aber [2], daß die Uebrigen insolvent sind, seien es Alle, seien es Einige, sei es theilweise oder gänzlich, oder auch, daß sie abwesend sind, so sollen sie auch für dasjenige haften, was von den Anderen nicht erlangt werden konnte.

„Denn auf diese Weise wird sowohl Jenen [den Schuldnern] der Charakter ihres Vertrages [d. i. die Bürgschafts-Qualität] bewahrt, als auch der Gläubiger keinen Schaden leiden kann".

Diese Interpretation weicht nun namentlich in folgenden Punkten von der gebräuchlichen ab:

I. Die Worte *φυλάττεσθαι μὲν τὸ σύμφωνον* („servari quidem pactum" in der Vulgata) werden überall auf die Hinzufügung des „in solidum" bezogen und danach übersetzt: „so soll die Correal-Obligation bestehen bleiben." Es ist augenscheinlich, daß diese Beziehung falsch ist. Denn, wenn der Vordersatz lautet: „Aber auch dann, wenn in solidum (*εἰ δὲ καί τι τοιοῦτο*) bei der wechselseitigen Verbürgung hinzugefügt worden",

---

οἰκεῖον μέρος) *τὸ ἀλληλεγγύως δανεισθὲν, ἐξ οὗπερ ὅλως ἔνοχοι γεγόνασι, καὶ μὴ τὸ κοινὸν χρέος ἰδιόν τινος γινέσθω βάρος· εἰ δὲ ἀπόρως ἔχοντες οἱ λοιποὶ φανεῖεν, εἴτε πάντες, εἴτε τινές, εἴτε εἰς μέρος, εἴτε εἰς ὁλόκληρον, ἢ καὶ ἀπόντες τυχόν, καὶ εἰς ἐκεῖνο ἐνέχεσθαι, ὅπερ λαβεῖν παρὰ τῶν ἄλλων οὐκ ἠδυνήθη.*

Οὕτω γὰρ κἀκείνοις φυλαχθήσεται ὁ τοῦ συμφώνου τρόπος, καὶ οὐδεμίαν ὑποστήσεται ζημίαν ὁ ἐνάγων.

ſo kann der Nachſatz nicht lauten: „ſo ſoll doch das in solidum (die Correal-Obligation) beſtehen bleiben"; ſondern er kann nur heißen: „ſo ſoll doch die wechſelsweiſe Verbürgung aufrecht erhalten werden". — Mit vollſter Evidenz geht ferner aus den weiter unten folgenden Worten (letztes Alinea): οὕτω γὰρ κἀκείνοις bis ὁ ἐνάγων hervor, daß das „servari quidem pactum nur auf die gegenſeitige Verbürgung zielt. Es findet ſich hier allerdings die Lesart κἀκείνῳ[25]). Bezieht man dieſes Wort auf den Gläubiger, ſo muß man überſetzen: „denn auf dieſe Weiſe wird ſowohl dem Gläubiger der Charakter des Vertrages gewahrt, als auch der Kläger keinen Schaden leiden kann". Sieht man ſich aber den griechiſchen Text genauer an, ſo wird es ſofort erſichtlich, daß ὁ ἐκεῖνος und ὁ ἐνάγων als Gegenſätze hervorgehoben werden ſollen; da ſie das nicht ſind, ſo erſcheint die Lesart in dieſem Sinne verwerflich. Sie iſt es um ſo mehr, als die Correalität keineswegs aufrecht erhalten wird, ſondern von vornherein ein völliges Theilungs-Verfahren eintritt. Man könnte aber die Lesart ἐκείνῳ dann beibehalten, wenn man unter dem ἐκεῖνος den zuerſt belangten Schuldner verſtehen dürfte. So hätten wir einen ganz richtigen Gegenſatz. Denn Jenem, dem zuerſt Belangten, wird wirklich der τρόπος ſeines Vertrages, die eine mildere Behandlung erfordernde wechſelſeitige Bürgſchaft, aufrecht erhalten, ohne daß doch der Gläubiger (ὁ ἐνάγων) gefährdet würde. Da aber vorher immer „ἐκεῖνοι" (im Plural) vorkommt, und das φυλάττεσθαι τὸν τοῦ συμφώνου τρόπον in gleicher Weiſe von allen Mitſchuldnern gilt, ſo tragen wir kein Bedenken, die häufigere und durch die Baſiliken beſtärkte Lesart „κἀκείνοις" vorzuziehen. Wenn dann aber das φυλάττεσθαι τὸν τοῦ συμφώνου τρόπον unzweifelhaft nur auf die wechſelsweiſe Verbürgung zu beziehen iſt, ſo kann auch das vorangehende „φυλάττεσθαι μὲν τὸ σύμφωνον" keine andere Bedeutung haben. — Auch die gegen uns von Vangerow[26])

25) Sie wird von Hombergk in ſeiner Novellen-Ueberſetzung angenommen und noch von Burchardi (Archiv f. d. civiliſt. Praxis Bd. 19., S. 59) vertheidigt.

26) a. a. O. Anm. 4 a. E. (Bd. 3. S. 97).

erhobene Einwendung ist gewiß nicht stichhaltig. Denn „ὁ τοῦ συμφώνου τρόπος“ heißt „der Charakter, die Qualität, die Art und Weise des Vertrages“. Es ist nun uns am wenigsten eingefallen, zu behaupten, daß durch die von Justinian in unsrer Novelle getroffene Bestimmung die Rechtsregeln der wechselseitigen Bürgschaft durchaus nicht verändert wären; im Gegentheil betonen wir auf's Bestimmteste, daß die Hinzufügung des „in solidum“ nach Justinian's Vorschrift eine von der Nov. 4 abweichende Folge haben solle. Aber ungeachtet dieser für den Gläubiger vortheilhaften Folge (nämlich, daß nicht bloß Präsenz, sondern zugleich Solvenz der anderen Schuldner erfordert wird) bleibt doch im Ganzen die mildere, eine billige Theilung unter den wechselseitigen Bürgen herbeiführende, eben auf ihre Bürgen-Eigenschaft gebaute Anschauung die herrschende. Es paßt also für unsre Meinung gerade nichts besser, als die Ausdrucksweise des Kaisers: „auf diese Weise werde den Schuldnern der mildere Charakter des von ihnen eingegangenen wechselseitigen Bürgschafts-Vertrages gewahrt, ohne daß doch der Gläubiger hierbei den Gefahren ausgesetzt sei, welche die wechselsweise Verbürgung zufolge der unveränderten Vorschriften der Novelle 4 für ihn haben würde. Denn der hochverehrte Gegner wird nicht behaupten wollen, daß blos aus der Ausdrucksweise: „ὁ τοῦ συμφώνου τρόπος“ solle bewahrt werden“ — worin, wie wir beide annehmen, liegt, es solle der Vertrag im Ganzen, also mit Modificationen, bestehen bleiben — irgendwie geschlossen werden können, die fraglichen Modificationen seien gerade zu Gunsten der Schuldner. Davon liegt nichts in jenen Worten ausgesprochen, ebensowenig wie sie direct und ausschließlich für uns selbst sprechen. Es muß vielmehr hierüber der ganze Zusammenhang entscheiden; und dieser führt geradezu mit Nothwendigkeit zu der von uns gegebenen Erklärung.

II. Sind wir nun, wie unter I. nachzuweisen versucht ist, genöthigt, den Satz φυλάττεσθαι μὲν τὸ σύμφωνον auf den Haupt-Nebenvertrag im vorliegenden Rechtsverhältnisse, also auf die gegenseitige Bürgschaft zu beziehen, so wird auf den ersten Blick klar, daß die neue Vorschrift der Novelle nicht schon mit den zunächst folgenden Worten οὐκ εὐθὺς μέντοι beginnen könne. Dieser Satz — welcher von der üblichen Interpretation aller

Parteien als der Gegensatz des vorhergehenden (*φυλάττεσθαι μὲν* und *οὐκ εὐθὺς μέντοι*) aufgefaßt und etwa so wiedergegeben wird: „es solle der Vertrag zwar bestehen bleiben; jedoch solle nicht von Anfang an" u. s. w. — dieser Satz enthält nämlich bis zu den Worten *χωρεῖν δὲ* offenbar nichts Anderes, als eine kurze Darstellung des nach der Nov. 4 bei der wechselsweisen Verbürgung geltenden Rechts. Wir müssen daher *μέντοι* nicht in seiner Bedeutung von „jedoch", sondern in der eben so häufigen von „ja" (etwas Bekanntes hervorhebend, vielleicht „bekanntlich" oder „also") verstehen und daher den ganzen Satz bis *χωρεῖν δὲ* als einen an das *φυλάττεσθαι μὲν τὸ σύμφωνον* geknüpften, der Deutlichkeit wegen in Klammern einzuschließenden, Zwischensatz betrachten. Es folgt also der Nachsatz zu dem *φυλάττεσθαι μὲν τὸ σύμφωνον* und damit die neue Vorschrift erst in den Worten „*χωρεῖν δὲ*" *κ. τ. λ.* Indem wir auf die oben gegebene Uebersetzung verweisen, machen wir besonders darauf aufmerksam, wie erst auf diese Weise die einzelnen Partikeln zu ihrer rechten Bedeutung gelangen[27]).

Also der Satz: *οὐκ εὐθὺς μέντοι* bis *χωρεῖν δὲ* soll ein erläuternder Zwischensatz sein, der das zufolge des beneficium excussionis bei der wechselseitigen Bürgschaft geltende Recht schildert. Denn „daß nicht sogleich anfangs die Einzelnen auf das Ganze in Anspruch genommen werden können, sondern vorläufig nur auf den Kopftheil", das ist eben das Resultat jener Rechtswohlthat, allerdings unter der Voraussetzung der Präsenz der Uebrigen, welche als die Regel anzusehen ist. So erläutert denn dieser Satz den kurz vorher befindlichen *πάντας ἐξ ἴσου τὴν ἀγωγὴν ὑφίστασθαι*", indem er ihn auf das richtige Maaß zurückführt; und die unbestimmte Ausdrucksweise des frühern wird auf's Vollständigste erklärt und entschuldigt durch die größere Deutlichkeit des nachfolgenden Satzes.

Auf eine auffallende Weise wird denn diese unsre Interpretation auch durch den Julian unterstützt. Wenn dieser in seinem Novellen-Auszuge sagt: „Sin autem additum sit, ut singuli in solidum teneantur: si quidem omnes vel quidam ex his sol-

27) Vgl. Dedekind l. c. pg. 165.

vendo sint et praesentes fuerint, in ipsos actio competat“ — alſo den von uns als Zwiſchenſatz ausgeſchiedenen Satz völlig mit Stillſchweigen übergeht, ſo kann das nur darin ſeinen Grund haben, daß er ihn ganz wie wir nur auf das frühere und z. Th. (für den gewöhnlichen Fall der wechſelſeitigen Verbürgung ohne die Hinzufügung von in solidum) noch fortbeſtehende Recht der Nov. 4 bezog, keineswegs aber in ihm die neue Vorſchrift ſah, welche auch er erſt in den Worten „*χωρεῖν δὲ*“ *κ. τ. λ.* findet.

III. Weiter iſt, wenn unſre neue Interpretation richtig ſein ſoll, nothwendig, daß in dem von uns als Nachſatz zu dem „*φυλάττεσθαι μὲν τὸ σύμφωνον*“ betrachteten Satze *χωρεῖν δὲ κ. τ. λ.* die neue Vorſchrift liege, und daß dieſe etwas, und zwar zu Gunſten des Gläubigers, von dem durch die Nov. 4 für die wechſelsweiſe Verbürgung eingeführten Rechte abändere. Daß dem in der That ſo ſei, iſt oben ſchon mehrfach hervorgehoben. Juſtinian ſagt: Es ſolle, auch wenn die wechſelſeitigen Bürgen einen Ausdruck wie *εἰς ὁλόκληρον* — in solidum — hinzugefügt hätten, die mildere Folge der wechſelsweiſen Verbürgung nicht ausgeſchloſſen werden. Wenn er nun bloß fortführe: „aber der Gläubiger muß auch die Uebrigen mit angreifen“ — ſo würde darin allerdings nichts weniger als eine Aenderung, als ein Gegenſatz liegen; denn daß dem Gläubiger obliegt „*χωρεῖν καὶ κατὰ τῶν ὑπολοίπων*“, iſt eben die für die Schuldner günſtige Seite ihrer wechſelsweiſen Verbürgung. Aber ſo fährt auch Juſtinian gar nicht fort, ſondern er ſagt: es ſolle jener Vertrag freilich ſeine Kraft behalten, allein mit der Modification, daß der Gläubiger auch die Uebrigen nur dann belangen müſſe, wenn ſie ſowohl ſolvent, als gegenwärtig ſeien. Und hierin liegt die vom Rechte der Novelle 4 abweichende und für den Gläubiger günſtige neue Vorſchrift, die nämlich, daß derſelbe nur im Falle nicht bloß der Präſenz (wie ſchon nach der frühern Novelle), ſondern zugleich auch der Solvenz der Uebrigen genöthigt werden kann, auch gegen dieſe aufzutreten.

Hier wird uns nun von Vangerow eingeworfen, unſre Ueberſetzung: „allein der Gläubiger müſſe die Uebrigen nur dann belangen, wenn“ u. ſ. w. ſei unrichtig, weil von den geſperrt

gedruckten Worten nichts im Original-Texte stehe[28]). Aber Justinian sagt ja nicht „εἰ καὶ εὔποροι καθεστᾶσι“ κ. τ. λ., sondern ausdrücklich „εἴγε καὶ εὔποροι καθεστᾶσι καὶ ἐνδημοῦσι.“ Das Wort εἴγε aber, welches, wie unsere Lexikographen allerdings unbestimmt genug sagen, „eine Bedingung hervorhebt, welche (für den Fall ihres Nicht-Eintretens) das Bedingte aufzuheben droht“, hat eben, wie γε überhaupt, den Zweck, den Satz, welchen es einleitet, ganz besonders hervorzuheben, ihn als das sine qua non des bedingten Satzes zu bezeichnen. Daß man deßhalb eine mit εἴγε eingeführte Periode zu deutsch richtig mit den Worten „nur dann, wenn“ einleiten könne, möchte hiernach unzweifelhaft sein.

Was noch den Punkt anbetrifft, daß das Neue, welches die Novelle bestimmt, eben in der Vorschrift liegt, daß nicht bloß die Präsenz, sondern auch die Solvenz der Mitschuldner erfordert werde[29]), um den Gläubiger zur Theilung zu nöthigen — so ist es nicht unwichtig, daß auch der alte Novellen-Epitomator bei Zachariae (Anecd. pg. 98.) die Bedeutung dieses Punktes vollständig erkannte. Er sagt nämlich, indem er den zweiten Fall der Novelle auszieht: ἐὰν δὲ ὡμολόγησαν, ὡς εἷς ἕκαστος, καὶ ὑπὲρ τῶν ἀπόντων, οὐ μὴν ἀλλὰ καὶ ὑπὲρ τῶν ἀποροὑντων ἐξ αὐτῶν ἐνέχεται — legt also das Hauptgewicht ganz richtig auf die Solvenz, das neu hinzukommende Erforderniß. —

IV. In dem folgenden Theile des Textes, der nur noch untergeordnete Schwierigkeiten bietet, folgt denn hauptsächlich die weitere Erörterung der im Vorstehenden geschilderten neuen Vorschrift: also daß im Fall der Solvenz und Anwesenheit sämmtlicher Mitschuldner alle zu gleichen Theilen zahlen sollen; und daß auf alle diejenigen, deren Solvenz und Präsenz nicht feststeht, bei der Theilung der Schuld keine Rücksicht zu nehmen, deren Raten vielmehr sofort von den Anwesenden und Solventen mit

28) a. a. O. S. 96 f.

29) Die Hinzufügung des Erfordernisses gerade der Solvenz, welches von der exceptio divisionis der Mitbürgen hergenommen sein wird, lag nahe genug, da die exceptio excussionis rücksichtlich mehrerer wechselseitiger Bürgen zu einer wahren exceptio divisionis wurde.

zu übernehmen seien. Hierdurch, wird dann geschlossen, werde für die Schuldner der mildere Charakter ihrer Verpflichtungsweise aufrecht erhalten, ohne daß doch der Gläubiger benachtheiligt werden könne.

Dies der für uns wichtige Theil der Nov. 99. Der Schluß des princ. enthält dann noch die Klausel, daß Verträge unter den Schuldnern, welche ohne Zustimmung des Gläubigers geschlossen worden, nichtig sein sollen; — eine Bestimmung, die, wenn sie sich, wie anzunehmen, auf die Haftung der Schuldner dem Gläubiger gegenüber bezieht, kaum hinzugefügt zu werden brauchte, da es sich von selbst versteht, daß pacta unter den Schuldnern Dritten, insbesondere dem Gläubiger, nicht präjudiciren.

Der §. 1 dagegen enthält eine wichtigere Vorschrift über das Verfahren, welche das ertheilte beneficium im Verhältniß zu dem beneficium divisionis der Mitbürgen und dem durch die Nov. 4 ertheilten beneficium excussionis privilegirt. Nach dem beneficium divisionis der Mitbürgen lag eine große Last für diese darin, daß der zuerst Belangte die Solvenz der Mitbürgen zu erweisen hatte; und für den Gläubiger, daß er nach geführtem Beweise gezwungen wurde, in mehreren Processen seine Befriedigung zu suchen. Beim beneficium excussionis hatte der Gläubiger schon im Fall der Präsenz des Hauptschuldners erst den Versuch der Ausklagung dieses zu machen, ehe er sich an den solventen Bürgen halten konnte. Diese Unannehmlichkeiten sollen nach Justinian's Vorschrift im §. 1 für das in unsrer Novelle gewährte beneficium wegfallen. Indem dem competenten Richter die Verpflichtung auferlegt wird, die anwesenden Mitschuldner sämmtlich zusammen zu rufen und die geklagte Schuld zwischen ihnen, je nachdem sich bei angestellter Sachuntersuchung ihre Zahlungsfähigkeit ergibt, zu vertheilen, erreicht der Gläubiger in einem einzigen Verfahren seine Befriedigung und entgeht den Gefahren materieller und processualischer Art, welche aus der ihm sonst obliegenden Verpflichtung zur Theilung seiner Klage, d. h. zum Anstellen mehrerer Klagen auf die entsprechenden Raten, entspringen. Auf diese Weise wird, gewiß im Interesse der Rechtssicherheit, die Vertheilung der Schuld rein in die Hände des Richters gelegt; wobei es denn den zur Zahlung von mehr, als der Kopftheil beträgt,

herangezogenen Schuldnern überlassen bleibt, die Herstellung des Gleichgewichts zwischen dem von ihnen Empfangenen und Gezahlten durch die ihnen zustehende actio mandati gegen die — besonders wegen ihres Domicils an einem andern Orte, als dem der Klage-Erhebung — nicht Berücksichtigten herbeizuführen.

§. 7.

Rück- und Seitenblicke.

Mit Recht stellt Girtanner[30]) an eine Erklärung unsrer Novelle, welche auf Richtigkeit Anspruch macht, die Forderung, daß sie 1) einen Zusammenhang mit der Nov. 4 nachweist, 2) die in dem spätern Gesetz enthaltene Vorschrift als eine motivirte erscheinen läßt, deren Inhalt eine wirklich bestehende Schwierigkeit lösen sollte, und zwar eine Schwierigkeit, die gerade mit Rücksicht auf die in Nov. 4 enthaltene Bestimmung eintrat.

Der Zusammenhang mit Novelle 4 springt bei der Uebersetzung der Worte ἀλληλεγγύως ὑπεύθυνοι, welche wir als die richtige zu Grunde gelegt haben, sofort in die Augen. Es wird uns auch gelungen sein, die in der Novelle 99 nach unsrer Interpretation enthaltene Vorschrift als eine motivirte, im engsten Zusammenhange mit der Nov. 4 stehende erscheinen zu lassen.

Zu demselben Resultate wollen nun aber natürlich auch alle anderen Ansichten gelangt sein. Es wird bei Besprechung dieser die Aufgabe sein, nachzuweisen, daß sie jenen beiden an eine verständige Interpretation zu stellenden Forderungen nicht entsprechen. Hier nur noch einige Bemerkungen, welche den Werth des von uns gefundenen Resultats hervorheben sollen.

Die meisten derjenigen Schriftsteller, welche mit uns die Worte „ἀλληλεγγύως ὑπευθύνους“ in dem ursprünglichen Sinne verstehen, kommen zu dem Resultate, daß die neue Vorschrift der Nov. 99 auf den Fall sich beziehe, wo neben wechselsweiser Verbürgung noch ausdrücklich eine Correal-Obligation von den Schuldnern eingegangen sei. Indem wir gezeigt haben, daß der Text der Novelle die Supposition einer solchen an und für sich höchst unwahrscheinlichen Doppel-Verpflichtung nicht erfordert, vermeiden

30) Die Bürgschaft nach gem. Civilrechte (Jena 1851), S. 127.

wir zugleich den jener Anſicht mit Recht vorgeworfenen Widerſpruch, welcher darin liegen würde, daß den auf die angegebene Weiſe doppelt haftenden Schuldnern ein beneficium der Theilung verliehen werde, welches den einfachen Correal-Schuldnern verweigert wird.

Unſere Interpretation iſt ferner die einzige, welche völlig und getreu dem griechiſchen Texte entſpricht; ſie iſt die einzige, durch welche einige Paſſus des Geſetzes erklärt, ja erſt verſtändlich werden. Sie wird aber auch vor allen anderen noch durch einige Zeugniſſe beſtätigt, die hier in der Kürze anzugeben ſind:

Zunächſt die älteſte bekannte lateiniſche Bearbeitung des Novellen-Textes, die des Julian. Sie lautet in dem in Betracht kommenden Theile:

> Si qui rei promittendi fuerint ut alter pro altero fidejubeat et invicem, si quidem additum non fuerit, ut unusquisque ex his in solidum teneatur, tunc pro portione sua sit obligatus. Sin autem additum sit, ut singuli in solidum teneantur, si quidem omnes vel quidam ex his solvendo sint et praesentes fuerint, in ipsos actio competat. Onus autem inopiae promissoris vel absentiae praesentes et locupletes promissores sustineant.

Dieſe Worte geben in der Kürze ganz die von uns verſuchte Interpretation. Es verſteht ſich nämlich von ſelbſt, daß hier unter „rei promittendi“ nur einfache Stipulations-Schuldner, nicht Correal-Schuldner, verſtanden ſein können. Wäre „rei promittendi“ identiſch mit „duo rei promittendi“, ſo würde keine Partei ſich auf den Julian berufen können[31]). Wir ſahen oben

31) Denn correos, welche alter pro altero fidejubent, kann die gemeine Meinung (welche die Novelle von einfachen Correal-Schuldnern ſprechen läßt) nicht gebrauchen; ebenſowenig die zweite Hauptrichtung, welche in der Novelle eine Combination von Correalſchuld und wechſelſeitiger Bürgſchaft findet; denn der Satz: „correi, welche ſich außerdem noch untereinander verbürgt haben, haften pro rata“, iſt ſelbſtverſtändlich unhaltbar, und nun gar noch der andere Fall, wo zu der bereits vorhandenen Doppel-Verpflichtung noch eine offenbar völlig überflüſſige (weil ſchon vorhandene) in solidum-Verpflichtung hinzutreten ſoll, wird denn doch auch den Donellianern zu weit gehen. So tritt denn auch z. B. v. Bangerow a. a. O. S. 93 unbedingt unſrer Anſicht in Bezug auf die Anfangsworte des Julian bei.

bei Besprechung der l. 11. pr. D. de duob. reis (45. 2), daß diese Bedeutung von „rei promittendi“ natürlich, freilich ungewöhnlich gewesen sein wird (oben §. 3). Es bleibt hiernach nur die Möglichkeit, die Epitome des Julian auf unsre oder auf die s. g. Donell'sche Interpretation zu beziehen. Letztere aber ist aus inneren Gründen unhaltbar. Auch ist es nicht anzunehmen, daß Julian, wenn er sagt: „ist aber zu der wechselseitigen Verbürgung das Wort in solidum hinzugefügt“, an die zu seiner Zeit noch an eine ganz andere Ausdrucksweise geknüpfte Entstehung einer wirklichen Correal-Obligation gedacht habe. Dagegen ist nicht zu läugnen, daß er die Entscheidung des ersten Falles („tunc pro portione sit obligatus“), die er allerdings in wörtlicher Uebersetzung wiedergibt, mehr hätte beschränken müssen. Vielleicht fand er in ihr (den spätern erläuternden Satz *οὐκ εὐθὺς μέντοι κ. τ. λ.*, den er in seiner Uebersetzung ganz wegläßt, übersehend) wirklich eine neue, von den Vorschriften der Nov. 4 abweichende Bestimmung, oder er hielt eine präcisere Ausdrucksweise aus denselben Gründen, wie Justinian an diesem Orte selbst für unnöthig.

Wenn ferner Athanasius Scholasticus[32]) den Inhalt unsrer Novelle mit den Worten wiedergibt:

Ὁ ἀλληλεγγύως δανεισάμενος εἰς ὁλόκληρον ἐνέχεσθαι πρύσομολογήσας, παρόντων καὶ εὐπορουντων τῶν σονδανεισαμένων τὸ οἰκεῖον μέρος νόμον ἀπαιτεῖαι — und Theodorus Hermop.[33]) etwas ausführlicher sagt:

Οἱ ἀλληλεγγύως δανειζόμενοι ἐὰν μὴ ὁμολογήσωσι, ὥστε ἕνα ἐξ αὐτῶν εἰς τὸ πὰν ἐνέχεσθαι, πάντες ἐξ ἴσου ὑποκεῖνται, καὶ ἄλλος ἀετ ἄλλου οὐκ ἐνέχεται. ᾽ζὰν δὲ ὡμολόγησαν, ὡς εἷς ἕκαστος, καὶ ὑπὲρ τῶν ἀπόντων, οὐ μὴν ἀλλὰ καὶ ὑπὲρ τῶν ἀπορούντων ἐξ αὐτῶν ἐνέχεται — so wissen wir nicht, wie der von uns gefundene Inhalt der Novelle präciser und bestimmter ausgedrückt werden könne; nur daß der letztgenannte alte Epitomator ebenfalls in den so leicht erklärlichen mehrgerügten Fehler verfällt, in der Entscheidung des ersten Fal-

32) Tit. XV. const. 2 (Heimbach Anecd. Tom. 1 pg. 154).

33) Breviar. Novell. Just. Nov. 99 (in Zachariae Anecd. pg. 98).

les die Vorſchrift zu finden, daß eine unbedingte vollſtändige Theilung der Schuld einzutreten habe. Es iſt noch darauf aufmerkſam zu machen, daß beide Epitomatoren durch ihre Ausdrucksweiſe andeuten, daß ſie die Hinzufügung des εἰς ὁλόκληρον eben nur als eine Nebenbeſtimmung des wechſelsweiſen Bürgſchaftsvertrags anſehen, nicht aber als den Abſchluß eines beſondern ſelbſtſtändigen Correal-Verhältniſſes[34]).

Die angeführten Zeugniſſe[35]) ſind alſo unſrer Meinung durchweg günſtig; verſchiedene andere Umſtände, welche derſelben, aber nicht ausſchließlich, zu ſtatten kommen, werden im Folgenden noch beſonders hervorgehoben werden. —

Wir wenden uns nun zur Beſprechung der entgegenſtehenden Anſichten, von denen die ſ. g. gemeine Meinung, welche die Praxis beherrſcht, als die wichtigſte zuerſt und am Ausführlichſten zu behandeln iſt.

---

34) Ueber die aus dem Gebrauche des Wortes δανειζόμενοι etc. von Heimbach gefolgerte Beſchränkung der Novelle auf Darlehns-Schuldner S. unten §. 11 unter II.

35) Eine andere Stelle aus der Practica ex actis Eustathii Romani wird im §. 8 ihre beſondere Beſprechung finden.

(Schluß mit nächſtem Hefte.)